Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador

Isabel Yepes
maria.yepes@estud.usfq.edu.ec
Nicolás Larrea
nicolas.larrea@estud.usfq.edu.ec

Resumen

Con objeto de profundizar en el estudio de arbitraje de inversiones en el Ecuador, este trabajo analizará los cambios que esta institución ha experimentado en el sistema jurídico ecuatoriano durante los últimos años. La estructura de este estudio se divide en tres ejes principales: primero, una explicación de las nociones generales que conciernen al arbitraje de inversiones en nuestro país; segundo, una exposición detallada de los cambios que esta institución ha experimentado; y tercero, un análisis de las ventajas y desventajas surgidas a partir de los mismos. Este trabajo es una revisión de las variaciones sustanciales más significativos del arbitraje de inversiones en el Ecuador, lo que nos permitirá evaluar si merecen o no ser justificados.

Palabras claves

Arbitraje, Arbitraje de inversiones, CAITISA, CIADI, Derecho internacional de inversiones, Tratados bilaterales de inversiones (TBIs)

Abstract

In order to deepen the study of investment arbitration in Ecuador, this paper will analyze the changes that this institution has experienced in the Ecuadorian legal system in recent years. The structure of this study is divided into three main areas: first, an explanation of the general notions concerning investment arbitration in our country, second, a detailed discussion of the changes that this institution has

experienced, and third, an analysis of the advantages and disadvantages arising from the aforementioned changes. This paper is a review of the most significant substantial alterations in investment arbitration in Ecuador, which will allow us to assess whether they deserved or not to be justified.

Key words

Arbitration, Bilateral Investment Treaties (BITs,), CAITISA, ICSID, Investment Arbitration, International Investment Law.

Índice:

1. Introducción. 2. Conceptos generales: arbitraje, arbitraje de inversiones y TBIs. 2.1 Del arbitraje en el Ecuador. 2.2 El arbitraje de inversiones. 2.3 Tratados Bilaterales de Inversión y su relación con el EcuadorBilaterales de Inversiones (TBIs). 3. Panorama de los TBIs en el Ecuador. 4. Cambio en las reglas de juego. 4.1 Limitación constitucional y contraposición legal. 4.2 Actos del Poder Ejecutivo que afectan al arbitraje de inversiones en el Ecuador. 4.3 Creación de la Comisión Internacional para la Auditoria Integral de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en materia de Inversiones (CAITISA). 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción:

El arbitraje de inversiones se ha convertido en el mecanismo de solución de conflictos más utilizado por los Estados y los inversionistas internacionales dentro del marco del Derecho Internacional de Inversiones.[1] El Ecuador, siendo un país en vías de desarrollo, se ha enfocado en atraer a múltiples inversionistas extranjeros de todas partes del mundo para que operen en el país en los diferentes ámbitos de producción, tales como el petrolero, de desarrollo urbano, de generación eléctrica, entre otros. Dos claros ejemplos del aumento de inversión extranjera, del cual el Ecuador ha podido beneficiarse en los últimos años, son el proyecto hidroeléctrico Coca Codo Sinclair y la construcción de la Refinería del Pacífico.[2] El primero se remite a la inversión de China que constituye el setenta por ciento de la inversión total estimada en aproximadamente dos mil millones de dólares. El segundo, se refiere a la inversión conjunta de Venezuela y China en el proyecto de la Refinería del Pacífico, con un costo estimado de más de diez mil millones de dólares en su totalidad.[3]

La lógica detrás de este fenómeno ha sido acompañada por un desarrollo paralelo de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano, con el fin de garantizar protecciones al inversionista y la protección de los intereses del Estado receptor de la inversión. Al amparo de los artículos 137 de la Constitución Política de 1979 y 163 de la Constitución Política de 1998, el Estado ecuatoriano celebró 16 Tratados Bilaterales de Inversión entre los años de 1995 y 2002 con países con los que estaba empeñado en fortalecer sus relaciones comerciales y atraer inversión.[4] Esto evidenció la intención del Estado ecuatoriano de estructurar y desarrollar el ordenamiento jurídico referente al Derecho Internacional de Inversiones, en concordancia con las normas constitucionales vigentes en aquellas épocas. Sin embargo, en los últimos años, el gobierno ha realizado diferentes cambios contrarios a este sistema jurídico que se venía consolidando en el país.

1 World Bank. *The ICSID Caseload Sstatistics*: *No. 2013-2*. Web. Washington DC: World Bank Group, 2013.
2 "China aumenta su presencia en Ecuador y América Latina." *El Telégrafo*. Web. 21 de abril de 2014.
3 Íbid.
4 "Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE)." *Tratados Bilaterales de Inversión: Ecuador*. Web. 22 de julio de 2014.

Estos cambios se ven reflejados en distintos aspectos y sucesos, tales como las contradicciones y restricciones que surgieron a raíz de la promulgación de la Constitución Política del 2008. De igual forma hallamos otros ejemplos de esta tendencia, tales como: determinados actos del poder público (que han afectado al sistema jurídico ecuatoriano en cuanto al arbitraje de inversiones), la creación de la Comisión para la Auditoría de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), y las constantes denuncias del gobierno en contra de los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBIs).

Debido a los significativos cambios que el arbitraje de inversiones está experimentando, es de suma importancia realizar un análisis objetivo y conciso que permita evaluar jurídicamente estas decisiones adoptadas por el Estado ecuatoriano. Con base en este análisis, se buscará proyectar las consecuencias futuras de esta serie de decisiones y sus potenciales efectos en el arbitraje de inversiones en Ecuador.

2. Conceptos generales: arbitraje, arbitraje de inversiones y TBIs

2.1. Del arbitraje en el Ecuador

El arbitraje es uno de los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos que opera con mayor frecuencia en el sistema jurídico ecuatoriano. Factores como la celeridad del proceso, el protagonismo de las partes, el diseño y elección de las reglas procesales y la oportunidad de elección de los han consolidado esta institución en nuestro país.[5] Uno de los ámbitos en donde se ha demostrado el incremento de casos arbitrales que involucran al Estado ecuatoriano como parte es en el CIADI, pues durante las últimas décadas, se ha pasado de 38 casos entre inversionistas y Estados en 1996 a 450 casos en el año 2011.[6] Con respecto a la situación particular del Ecuador, esto se ve reflejado en los seis casos que el Estado tiene pendiente por resolver en el CIADI, siendo el segundo país latinoamericano con más demandas presentadas en su contra ante este centro después de Argentina.[7]

5 Nuria González, «Un acercamiento al CIADI: El caso de Ecuador,» Serie Doctrinaria Jurídica 391 (2007).
6 Cecilia Olivet. Cuando la justicia es un negocio. P . 7.
7 Óp Cit. Nuria González, «Un acercamiento al CIADI..»

En cuanto al ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 190 de la Constitución Política reconoce expresamente al arbitraje como un procedimiento alternativo para la solución de conflictos. Además, el artículo primero de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) vigente prescribe:

> El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.[8]

El arbitraje por tanto, es un mecanismo alterno al cual se someten las partes de manera libre y voluntaria con el propósito de excluir la intervención estatal para ser juzgados por árbitros de su elección. Así lo expresa Francisco González de Cossío: "Las partes, al acudir al arbitraje, implícitamente desearon no hacer uso de la maquinaria judicial estatal. Los motivos pueden ser diversos, pero, cualesquiera que sean, la elección debe ser respetada."[9]

2.2. El arbitraje de inversiones

El arbitraje internacional tiene como objetivo solventar controversias que se presenten en las relaciones económicas en el plano internacional.[10] Dentro del arbitraje internacional, se encuentra el arbitraje de inversión enfocado en proporcionar un mecanismo alternativo para la solución de conflictos que surgen entre los Estados receptores de una inversión y un inversionista extranjero.[11] Este tipo de arbitraje se encuentra por lo general, pactado en las cláusulas arbitrales de los diferentes acuerdos e instrumentos internacionales que los Estados celebran entre ellos (TBIs), así como en los convenios pactados entre el Estado receptor y los inversionistas.

En la actualidad es muy común que los Estados no puedan ejecutar sus proyectos de desarrollo por cuenta propia. Consecuentemente, se ha desarrollado una tendencia para abrir los mercados a los inversores extranjeros,

8 Ley de Arbitraje y Mediación. (2006). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
9 Francisco Gonzáles de Cossío. *Arbitraje*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004, pp. 830.
10 J. Chillón and J. Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1991.
11 Francisco González de Cossío, *Arbitraje,* México D.F: Editorial Porrúa, 2008, p. 870.

dentro de un proceso de liberalización de la economía. Ante este escenario, ha surgido la necesidad de proveer un adecuado mecanismo de protección para los inversores.

Es entonces donde el propósito de las cláusulas arbitrales, se manifiesta para ofrecer garantías de protección a los particulares que están dispuestos a operar en un país determinado, bajo un ordenamiento jurídico certero.[12] García Bolívar afirma que este es "un mecanismo de protección, no solo con la inclusión de estándares específicos de protección en contra de ciertas acciones del Estado, sino con la inclusión de la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante instancias internacionales.[13] De igual forma, Roberto Oliva de la Cotera afirma que este mecanismo surgió como una garantía efectiva a la protección de las inversiones extranjeras en países en donde tradicionalmente ha existido una "alarmante dependencia y subordinación del poder administrativo sobre el Poder Judicial o en donde los países receptores de las inversiones carecen de sistemas aptos que proporcionen y doten de confianza al inversionista."[14]

En consecuencia de la inestabilidad jurídica y política que podría presentarse en los Estados receptores, ha surgido el arbitraje de inversiones como mecanismo efectivo para garantizar a los inversionistas un proceso seguro en donde no sea el propio Estado quien actúe como juez y parte en el conflicto. Por lo tanto, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) han surgido como la mejor alternativa para ofrecer dichas garantías a los Estados.

2.3. El arbitraje de inversiones como parte fundamental de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs)

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) son acuerdos que se realizan entre dos Estados con el fin de asegurar que exista una efectiva protección a futuras inversiones que se realizan en Estados receptores por parte de inversionistas extranjeros.[15] De esta forma, se busca promover la inversión extranjera, ofre-

---

12 Andrés Rigo Sureda, «La noción de inversión protegida», en Mantilla Serrano, F. Coordinador, *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales*, p. 3.
13 Omar García-Bolivar, «Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones.,» *BG Consulting*, 2005.
14 Robert Oliva de la Cotera. *Sistema de protección de inversiones extranjeras y el arbitraje del CIADI en la República de El Salvador.* 2005.
15 Patricia B. Arsen. *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*. Escola de Direito de Sao Paolo. http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf (acceso: 27/08/2014)

ciendo un marco legal estable y condiciones favorables para el desarrollo de la inversión.[16]

El Derecho Internacional de Inversiones, recogido en gran parte en los Tratados Bilaterales de Inversión, contiene principios propios que garantizan y promueven las actividades de los inversionistas extranjeros además de reglas dedicadas a la protección internacional de la inversión. En estas se cuenta principalmente con la garantía de poder demandar ante instancias internacionales en caso de controversia[17]. Por ejemplo, el Artículo 25 del Convenio CIADI dispone que un tribunal de este organismo tiene "jurisdicción sobre cualquier "diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante".[18] Las partes deben consentir a la jurisdicción del Tribunal de forma escrita. Sin embargo, el consentimiento también se puede dar directamente a través de un acuerdo realizado por las partes, por disposición de la legislación del Estado receptor o a través de un tratado. [19] Este tratado debe estar vigente entre el Estado receptor y el Estado de nacionalidad del inversionista.[20]

En la actualidad, la doctrina concierta en la posibilidad de identificar cuatro disposiciones esenciales de los TBIs, estas son: (a) la recepción de las inversiones; (b) el tratamiento de las inversiones una vez constituidas; (c) la protección y garantía de estas inversiones; y (d) la solución de controversias entre los Estado parte al tratado y entre el Estado receptor de la inversión y el propio inversionista.[21] Este último aspecto es el que nos interesa, pues a partir de los años 90 cuando más Estados se adhirieron a la Convención de Washington, se abandonó la idea del litigio entre un Estado y un inversionista extranjero como "la sola competencia de los tribunales internos que debía ser juzgado por el derecho interno del Estado receptor de la inversión."[22]

16 Decio Machado. *Ecuador y la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión*. http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=9537&htmltable=1 (acceso: 27/08/2014)
17 Enrique Fernández Masiá. "Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras". *Revista Internacional de Arbitraje* VII (2007), p. 14.
18 Lucas Bento. "Distilling Principles of Law from ICSID Cases Against Ecuador". *Journal of International Arbitration* (2014), p. 12.
19 Véase, p. ej., TBI entre los Estados Unidos y el Ecuador
20 Rudolf Dolzer & Cristoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*.Oxford: Oxford Press, 2012, p. 230.
21 Jaime Ramírez & Margie Lyz. *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instutito Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 840.
22 *Ibídem*, pp. 844

Hasta los años 50, las disputas en relación a inversiones extranjeras podían ser resueltas de dos formas: bajo el sistema legal del Estado anfitrión o acudiendo ante la Corte Internacional de Justicia, amparada exclusivamente por el Derecho Internacional Público.[23]

En 1959, Alemania y Pakistán celebraron el primer tratado de protección, lo que trajo consigo un nuevo paradigma para el Derecho Internacional de Inversiones. No obstante, apenas en el año 1965, con la adopción de la Convención de Washington[24] sobre la resolución de diferencias relativas a inversiones, se evidencia una institucionalización del arbitraje internacional para resolver litigios entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor de la inversión.[25] Así, en 1966 se creo el Centro de Arbitraje Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI), que no fue sino hasta los años 90, donde verdaderamente empezó a tener protagonismo.[26]

Para el Estado receptor de la inversión la "entidades del sector público, Dentro de estos, hallamos como s que incurrir en considerables gastons guir este rubro dendio aherramienta legal que protege su interés es el ejercicio de su soberanía, en virtud de lo cual puede tomar dentro de su territorio las medidas que considere apropiadas para la consecución de los fines públicos que estime."[27] Esto hace posible identificar la necesidad de contar con un sistema de solución de conflictos externo a las partes como es el arbitraje de inversiones, para de esta forma garantizar la neutralidad de las soluciones sin que estas se vean afectadas por los intereses de las partes. Entonces, resulta ser que el arbitraje de inversiones busca separarse del sistema de justicia ordinario por la influencia política, falta de imparcialidad y demora injustificada en la resolución de la controversia que ésta puede presentar.

23 Horacio Rossati. *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema jurídico argentino*. CEPAL. http://www.cepal.org/drni/noticias/noticias/7/13167/12.pdf (acceso: 22/08/2014).
24 El artículo 42.1 de la Convención prevé que: "El tribunal debe resolver sobre el litigio conforme a las reglas de derecho adoptadas por las partes. A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal aplica el derecho del Estado contratante parte al litigio, comprendiendo las reglas relativas a los conflictos de Ley es, así como los principios de derecho internacional en la materia".
25 Jaime Ramírez & Margie Lyz. *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instutito Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 840.
26 Omar García-Bolivar. *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*. http://www.bg-consulting.com/basic.pdf (acceso: 24/08/2014)
27 *Ibídem*.

Aunque existe una gran polémica con respecto a dichos acuerdos,[28] los TBIs han sido una herramienta fundamental para que países en vías de desarrollo, más aún los Estados latinoamericanos, puedan captar grandes cantidades de capital.

Desde mediados de 1980, la gran mayoría de los países en vías de desarrollo han optado por un camino abierto hacia la Inversión Extranjera Directa.[29] Esto, relacionado estrechamente con la búsqueda de beneficio de las contribuciones que puede traer la inversión extranjera al desarrollo del país.[30] De esta forma, hasta el 2008, se habían suscrito 2670 TBIs y más de 270 Acuerdos Internacionales de Inversión. Dentro de estos, hallamos Acuerdos de Libre Comercio o de Integración Económica en el mundo.[31] La literatura económica ha mantenido un constante análisis sobre los llamados "determinantes de la Inversión Extranjera Directa" para diagnosticar aquellos factores que pueden ayudar a los países en desarrollo a "resultar más atractivos, desde una perspectiva de localización de la Inversión Extranjera Directa, por parte de las economías desarrolladas."[32] En este sentido, el ámbito de los determinantes normativos juega un papel fundamental al momento de escoger nuevos territorios para inversión de capital. Luis A. Peragón afirma:

> Las economías en desarrollo, en el ámbito de sus estrategias nacionales de atracción de la Inversión Extranjera Directa, consideran que la firma de Convenios Internacionales, con las economías desarrolladas, constituye un determinante adicional que añadir a la lista de determinantes anteriores enviando una señal clara sobre sus intenciones de convertirse en zonas de localización preferente de la Inversión Extranjera Directa.[33]

28 Ver Eberhard, P., y Olivet. *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*. Disponible en http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf]

29 Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo*. New York, 2009, pp. 47.

30 *Ibídem*.

31 *Ibídem*.

32 Luis Peragón. *Estudio Exploratorio sobre el Impacto de los Convenio para evitar la Doble Imposición para atraer la Inversión Extranjera Directa: caso America Latina*. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 2013.

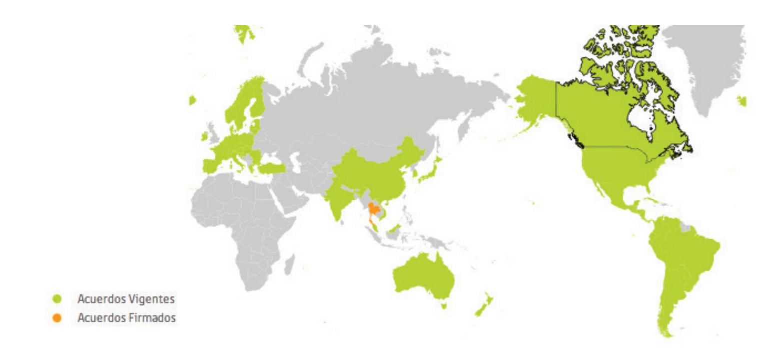
33 *Ibídem*.

A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) del año 2009, se realizó un estudio titulado "El papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los países en desarrollo" donde se demuestra que los análisis econométricos sobre los efectos de los TBIs en las corrientes de la Inversión Extranjera Directa hacia los países en desarrollo, han permitido comprobar cuatro hipótesis:[34]

> Efecto de compromiso: TBIs como demostración de compromiso internacional vinculante que otorga a los inversores extranjeros una protección y un trato satisfactorio.
> Efecto demostrativo: TBIs como muestra de seriedad de intenciones del país receptor.
> Efectos sustitutivo de la mejora de la calidad institucional: TBIs como forma de compensar las deficiencias institucionales nacionales.
> Disposiciones firmes a favor de inversores: a través de TBIs se tiene mayor posibilidad de fomentar Inversión Extranjera Directa.

La forma ideal de demostrar estas ideas, es a través de ejemplos concretos. El caso que se destaca en la región y puede servir de referente para este estudio es el caso de la República de Chile. Actualmente este país cuenta con 23 acuerdos comerciales celebrados con los países que se ilustran a continuación:

Mapa de acuerdos comerciales de Chile[35]



34 Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo*. New York, 2009, pp. 48.
35 Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales. *Mapa de acuerdos comerciales*. http://www.direcon.gob.cl/mapa-de-acuerdos/ (acceso 31/01/2015)

La economía chilena constituye un lugar atractivo para invertir, constituyendo a este país como una de las naciones con mayor presencia de capital extranjero. Es importante mencionar, como se demuestra en el mapa, que Chile ha sabido mantener relaciones de comercio con toda la región americana. Es decir, Chile cuenta con acuerdos comerciales con los países que le rodean, permitiendo de esta forma, que se ubique en la cabecera de la región. Así, Chile constantemente se encuentra reforzando su relación con Estado Unidos, referente hegemónico de la región, pero de la misma manera con países más pequeños como Ecuador y Bolivia. Asimismo, este país ha expandido su horizonte, pues se ha ganado el mercado europeo demostrando seriedad en sus negocios.

En 2011, los flujos de Inversión Extranjera Directa entrante constituyeron el 30,1% del total de la Formación Bruta de Capital.[36] Estas estadísticas demuestran que en el mismo año, el acervo de la Inversión Extranjera Directa se situaba en las dos terceras partes del PIB nacional chileno:[37]

Chile - Visión general de la IED (millones de dólares y %)

Flujos de IED						Como % de la FBC			
	2005/07 Media anual	2008	2009	2010	2011	2005/07	2009	2010	2011
entrante	9.031	15.518	12.887	15.373	17.299	31,7	36,8	35,0	30,1
saliente	3.066	9.151	7.233	9.231	11.822	10,8	20,7	21,0	20,6
Acervo de IED						Como % del PIB			
	1995	2000	2009	2010	2011	1995	2009	2010	2011
entrante	24.437	45.753	127.940	154.638	158.102	33,9	79,5	76,0	67,5
saliente	2.774	11.154	51.426	60.147	68.974	3,8	32,0	29,6	29,5

Chile ha demostrado que la suscripción de Acuerdos de Inversión, en particular los TBIs, aseguran un marco normativo confiable, que atrae la inversión extranjera, donde los chilenos se han beneficiado de ella. Esto ha servido como medio para demostrar al mundo que los tratados constituyen un instrumento que protege, no sólo a los inversionistas sino también a los Estado receptores de esas inversiones.

36 La Formación Bruta de Capital (anteriormente, inversión interna bruta) comprende los desembolsos en concepto de adiciones a los activos fijos de la economía más las variaciones netas en el nivel de los inventarios. Ver: http://datos.bancomundial.org/indicador/NE.GDI.TOTL.ZS

37 Luis Peragón. *Estudio Exploratorio sobre el Impacto de los Convenio para evitar la Doble Imposición para atraer la Inversión Extranjera Directa: caso America Latina*. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 2013.

3. Panorama de los TBIs en el Ecuador

Desde los años noventa, los TBIs se han convertido en una herramienta útil para acercar a los inversionistas y a los países dispuestos a albergar capital. Según datos del CIADI se encuentran registrados 1100 TBIs, de los cuales 800 han sido concluidos desde 1990.[38] De acuerdo a los datos otorgados por el Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de Estados Americanos, existen 30 tratados bilaterales firmados por Ecuador, de los cuales 27 entraron en vigencia a partir de los 90. Por mencionar algunos ejemplos, Ecuador mantiene un Tratado Bilateral de Inversión con países como Alemania, Canadá y Estados Unidos[39].

En párrafos anteriores mencionamos el Convenio de Washington, como el aquel antecedente para la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. El caso de Ecuador es interesante, pues se constituye como el segundo país con más demandas en vía directa de acceso ante esta instancia.[40] Ecuador tiene un caso concluido y seis pendientes.[41]

Más adelante se analizará la situación actual de los TBIs en Ecuador; sin embargo, es pertinente adelantar que a partir de la creación de la Comisión Internacional para la Auditoría Integral de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en materia de Inversiones (CAITISA), de los 27 tratados que entraron en vigor, 10 han sido denunciados y 17 se encuentran en proceso de denuncia por parte del Estado ecuatoriano.[42] Esto demuestra un antes y un después en la historia del Arbitraje de Inversiones en el país, pues las condiciones políticas y jurídicas actuales de Ecuador han comenzado con la construcción de un nuevo rumbo donde parecería ser, que el arbitraje internacional de inversiones se encuentra a un lado del camino.

---

38 CIADI. *Estadísticas*. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=Spanish51. (acceso: 30/08/2014)

39 OEA. *Sistema de Información sobre Comercio Exterior: Información sobre Ecuador*. http://www.sice.oas.org/ctyindex/ECU/ECUBITs_s.asp. (acceso: 30/08/2014)

40 Nuria González. *Un acercamiento al CIADI: el caso Ecuador*. México: UNAM-Editorial Porrúa, 2006.

41 CIADI. *Caso IMB World Trade Corp. vs Republic of Ecuador*. Caso num. ARB/02/10.

42 SENPLADES. *Continúa auditoria de los Tratados Bilaterales de Inversión*. http://www.planificacion.gob.ec/tag/tbi/ (acceso: 27/08/2014)

4. Cambio en las reglas de juego

A partir del año 2007, Ecuador encaminó una dirección distinta. Desde la instauración del gobierno del Presidente Rafael Correa, los TBIs han sido seriamente cuestionados. El Art. 422 de la Constitución Política del Ecuador aprobada en Montecristi, representa un obstáculo para la suscripción de tratados que cedan jurisdicción a instituciones internacionales.

El año 2009 marcó la historia del arbitraje en el país. El gobierno del Presidente Correa promovió la iniciativa de denunciar algunos acuerdos firmados por gobiernos anteriores y solicitó la terminación de negociaciones de nuevos tratados. Sumado a esto, mediante Decreto Ejecutivo No. 1823, publicado en el Registro Oficial No. 623 del mismo año, el Estado ecuatoriano se retiró del CIADI culminando así una etapa del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador y deparando un nuevo futuro para el arbitraje internacional en el país. A continuación, expondremos un análisis punto por punto de cada una de las decisiones que han generado cambios para el arbitraje de inversiones en el Ecuador.

4.1. Limitación constitucional y contraposición legal:

El primero de los cambios importantes que ha sufrido la institución del arbitraje de inversiones en Ecuador se originó con la promulgación de la Constitución Política del año 2008. Como se mencionó, el artículo 190 de la Norma Suprema reconoce al arbitraje como mecanismo aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano e incluso sostiene que el arbitraje deberá aplicarse con sujeción a la ley. Cumpliendo con este precepto constitucional, la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) es la encargada de regular los procedimientos arbitrales. En cuanto al arbitraje internacional, el artículo 42 de esta ley establece en su primer inciso: "El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador."[43] Sin embargo, los siguientes incisos de este mismo artículo especifican lo siguiente:

> Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

43 Ley de Arbitraje y Mediación. (2006). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

> Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, **salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.** [Subrayado es nuestro].[44]

Pues bien, de este último inciso es pertinente resaltar que el arbitraje internacional que involucre a las diferentes entidades del sector público, sólo deberá requerir la autorización de las autoridades estatales máximas en los casos en que el arbitraje no estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes para el Estado. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) son instrumentos internacionales vigentes para el Ecuador y en su mayoría de casos han sido ratificados por el Estado antes de la promulgación de la Constitución de 2008. Si no se ha manifestado la voluntad estatal de terminarlos o si no se han cumplido las condiciones estipuladas para su terminación, éstos se encuentran plenamente vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Además, no cabe la aplicación retroactiva de la Constitución Política de 2008 y de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues muchos de los TBIs suscritos entraron en vigencia antes de la promulgación de estas dos normas. Por lo tanto, las cláusulas arbitrales contempladas en estos TBIs no requieren autorización previa de las autoridades estatales para ser plenamente legales y vinculantes para las controversias surgidas entre inversionistas y el Estado.

El mayor problema surge al momento de analizar el artículo 422 de la Constitución Política, que en sus primeros dos apartados establece:

> No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.
> Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países

44 Íbid.

> signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.[45]

A partir de la lectura de este artículo, se puede interpretar la limitación constitucional, para el sometimiento de controversias internacionales entre el Estado y personas naturales o jurídicas, al mecanismo de arbitraje internacional que se encuentra reconocido en el artículo 190 de la misma Carta Magna y en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Dicha limitación existe en virtud de que el Estado se ve imposibilitado de celebrar tratados o instrumentos internacionales con cláusulas de arbitraje internacional; a excepción de que estas se encuentren en tratados que establezcan mecanismos de solución de conflictos entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica y por órganos regionales o con jurisdicción de los países signatarios. Sin duda, esto implica una contradicción parcial con el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación que no menciona estos supuestos de excepción y que incluso respeta el sometimiento del Estado a arbitraje internacional bajo las condiciones estipuladas en instrumentos internacionales vigentes.

Resulta difícil encontrar una justificación jurídica que motive exceptuar los mecanismos arbitrales regionales a esta prohibición general expresada en el artículo 422 de la Constitución Política. En todo caso, debe tomarse en cuenta que este artículo se refiere expresamente a la celebración de tratados o instrumentos internacionales que prevean cláusulas arbitrales internacionales y no a la prohibición expresa de que el Estado se someta a este mecanismo en los instrumentos que ya han sido ratificados antes de la entrada en vigencia de la Constitución del 2008. Esto se interpreta a la luz del principio de irretroactividad de la norma, que prohíbe que una ley promulgada, en este caso en el año 2008, surta efectos en los TBIs ratificados por el Estado en fechas anteriores a la misma. Por lo tanto, para los casos en los que el Estado ya ha se ha sometido a arbitrajes internacionales derivados de tratados e instrumentos ratificados antes del año 2008 y que en algunos casos se mantienen vigentes, deberá el Estado acogerse a lo estipulado por las Constituciones que regían el ordenamiento jurídico al momento de su entrada en vigencia. Es importante mencionar que la denuncia del Estado ecuatoriano a los TBIs fue propuesta con el fin de acabar

45 Constitución Política de la República del Ecuador. (2008). R.O. No. 449. Corporación de Estudios y Publicaciones.

con el acuerdo entre los Estados. Es por esta razón, que la denuncia de los TBIs ha causado tanta polémica pues los particulares que invirtieron su capital en Ecuador, lo hicieron bajo la idea de que un acuerdo internacional los protegía; hoy en día dejando de estarlo.

Sin perjuicio de esta afirmación, el artículo 190 de la Constitución y el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, aunque sean posteriores a la entrada en vigencia de los TBIs existentes, establecen que el arbitraje internacional operará para las diferentes entidades del Estado, aún sin autorización expresa de las autoridades máximas, en los casos en los que el arbitraje se encuentre previsto en instrumentos internacionales vigentes. En consecuencia, en el caso de existir un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) con una cláusula arbitral, que se encuentre vigente y que haya sido celebrado antes de la promulgación de la Constitución actual, no habrá forma de que el Estado ecuatoriano excuse su sometimiento a dicho mecanismo.

4.2. Actos del Poder Ejecutivo que afectan al arbitraje de inversiones en el Ecuador

Como consecuencia de la promulgación de la Constitución Política de 2008 y en virtud del artículo 422 antes citado, una serie de actos del Poder Ejecutivo han sido establecidos con el propósito de limitar aun más el arbitraje internacional de inversiones para el Ecuador. El primero, y más importante, fue el Decreto Ejecutivo No. 1823 promulgado en el Registro Oficial el 2 de julio de 2009, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria que le corresponde al Poder Ejecutivo. El Presidente de la República Rafael Correa ordenó la derogación del Decreto Ejecutivo No. 1417-B del 6 de abril de 2001, en el que se ratificaba el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, la cual fue suscrita por Ecuador en la ciudad de Washington el 15 de enero de 1986.

Los efectos de este Decreto fueron la denuncia y terminación del Convenio mencionado, que a su vez retira al Ecuador del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Este acto del Poder Ejecutivo, fundamentado en el artículo 422 de la Constitución de 2008, ha generado que el Estado ecuatoriano en ejercicio de su soberanía

nacional abandone el más importante mecanismo de solución de conflictos en el plano del Derecho Internacional de Inversiones.

El segundo acto del Poder Ejecutivo también ha generado múltiples cuestionamientos, debido a su carácter controversial y en cierto grado contradictorio con la construcción del sistema normativo que ha intentado regular y estructurar el arbitraje internacional de inversiones en el Ecuador durante décadas. Nos referimos al oficio presidencial No.T.1-C.1-SNJ-12-1134 con fecha del 5 de octubre del 2012. Este oficio, firmado por el Presidente Rafael Correa y dirigido a los ministros y secretarios de estado y a las autoridades de la administración pública central e institucional, ordena lo siguiente: "que en los diversos contratos que se suscriban a partir de esta fecha, deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales."[46] Si bien más adelante en este oficio se hace excepción a los contratos de empresas extranjeras amparadas por Tratados Internacionales de protección de inversiones aún vigentes, la primera disposición del oficio denota una clara intención del Ejecutivo de restringir en su totalidad el sometimiento a arbitraje. Si bien la segunda parte de la disposición reconoce que, por mandato constitucional no se puede restringir el sometimiento a arbitraje internacional en los contratos amparados por tratados internacionales vigentes para el Estado ecuatoriano, está claro que la intención del gobierno se perfila para bloquear todo tipo de sometimiento futuro a este mecanismo que se ha ido desarrollando efectivamente en los últimos años en el país.

4.3. Creación de la Comisión Internacional para la Auditoria Integral de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en materia de Inversiones (CAITISA)

Sumado a los acontecimientos mencionados en líneas anteriores, bajo el Decreto Ejecutivo No. 1506 y en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 147 de la Constitución y 11 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, el presidente Correa creó la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA). De esta forma, se buscó formalizar la persecución emprendida hacia los TBIs. Esta comisión se ha

46 Oficio Presidencial No.T.1-C.1-SNJ-12-1134 con fecha del 5 de octubre del 2012. Emitido por el Presidente de la República Rafael Correa Delgado.

propuesto objetivos claros y concisos: encontrar la compatibilidad o no de los tratados con el nuevo texto constitucional y encontrar las "deficiencias contenidas en las actuaciones, laudos y decisiones de los órganos y jurisdicciones del sistema de arbitraje internacional"[47].

La comisión ha decidido trabajar en tres ejes, siendo el segundo "El sistema de arbitraje de inversiones y casos contra Ecuador", donde los integrantes de CAITISA han analizado las demandas propuestas en contra del Estado ecuatoriano.[48] Salta a la vista los datos entregados del primer análisis sobre el segundo eje, donde se muestra que el 70% de las demandas se concentran entre el año 2006 y 2012[49].

5. Conclusiones

A través del estudio realizado en este trabajo, se puede concluir que los TBIs han cumplido con un rol fundamental al momento de proteger la inversión extranjera, pues son clave para garantizar un ambiente de estabilidad, equidad y seguridad al inversionista así como la protección contra medidas arbitrativas y discriminatorias por parte de los países receptores de capital. En consecuencia, estos tratados influencian directamente la reputación de una nación ante los ojos de los inversionistas, generándole al Estado mayor inversión y fomentando el desarrollo económico.

Contrario a lo establecido en estas ideas, tras la posesión del nuevo gobierno en el 2007, los TBIs han sido duramente criticados. Las acciones tomadas por el presidente para denunciar estos acuerdos internacionales han sabido restar puntos al Ecuador en la competencia por atraer inversores extranjeros. A lo largo del análisis realizado, se hizo énfasis en la necesidad de contar con instancias neutrales a los intereses de las partes. Es complicado poner en una lado de la balanza la protección y la seguridad jurídica que garantizan los instrumentos jurídicos internacionales y en otro lado, leyes pensadas por el propio país anfitrión.

El Ecuador de hoy presenta un ambiente hostil para el Arbitraje de Inversión tradicional. El Art. 422 de la Constitución Política del Ecuador,

47 Decreto Ejecutivo 1506, Registro oficial No. 958, martes 21 de Mayo de 2013.
48 Jijón, R & Marchán, M. *Arbitration and mediation law: Guidelines for applicability*. The Arbitration Review of the Americas, 2014.
49 Senplades. *Auditoria a TBIs avanza en sus tres ejes de trabajo*. 8 de marzo de 2014. http://www.planificacion.gob.ec/tag/tbi/

oficios presidenciales con prohibiciones expresas sobre subscripción de tratados, la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión y la creación de una comisión auditora de estos nos hacen dudar acerca del futuro del Arbitraje de Inversión en nuestro país. Sin embargo, resulta curioso que la Carta Magna reconozca el arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos y el mismo Art. 422 de la Constitución apunte a buscar nuevos espacios situados en el cono sur. Por consiguiente, es interesante preguntarse si lo que buscan los actuales detentadores del poder es delimitar geográficamente "al campo regional" el Arbitraje en controversias de índole comercial o verdaderamente cambiar el sistema tradicional alegando el ejercicio pleno de la soberanía nacional.

5. Bibliografía:

Arsen, P. *Tratados bilaterales de Inversión: significado y efectos.* http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/anexo10tratadosbilateralesdeinversion.pdf (acceso: 25/08/2014)

Banco Central del Ecuador. Riesgo país marzo 2014. http://contenido.bce.fin.ec/resumen_ticker.php?ticker_value=riesgo_pais

Bento, Lucas. "Distilling Principles of Law from ICSID Cases Against Ecuador." *Journal of International Arbitration* (2014).

Chillón, J.M. & Merchán, J. F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional.* Madrid: Civitas, 1991.

"China aumenta su presencia en Ecuador y América Latina." *El Telégrafo.* 21 de abril de 2014. http://www.telegrafo.com.ec/economia/masqmenos/item/china-amplia-su-presencia-en-ecuador-y-america-latina.html (acceso: 22/08/2014)

CIADI. *Estadísticas.* https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType= ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=Spanish51. (acceso: 30/08/2014

CIADI. Caso IMB World Trade Corp. vs Republic of Ecuador. Caso num. ARB/02/10.

Constitución Política de la República del Ecuador. (2008). R.O. No. 449. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo*. New York, 2009.

Decreto Ejecutivo 1506, Registro oficial No. 958, martes 21 de Mayo de 2013.

Dolzer, R. & Schreuer, C. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford Press, 2012.

Fernández Masiá, F. "Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras". *Revista Internacional de Arbitraje* VII (2007).

García-Bolívar, O. *Nociones Básicas del arbitraje internacional de inversiones. http://www.bg-consulting.com/basic.pdf*

Gonzáles de Cossío, F. *Arbitraje*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004.

González, Nuria. Un acercamiento al CIADI: el caso Ecuador. México: UNAM-Editorial Porrúa, 2006.

Leonardi, H. y Feldstein, S. (1989). *Arbitraje interno e internacional*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

Ley de Arbitraje y Mediación. (2006). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Machado, D. *Ecuador y la Denuncia de los Tratados de Inversión.* http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=9537&opcion=document

Jijón, R & Marchán, M. *Arbitration and mediation law: Guidelines for applicability.* The Arbitration Reviewof the Americas, 2014.

Jijón, R. *Tratados Bilaterales del Ecuador: Consecuencias de la Denuncia.* http://www.ecamcham.com/download/cam/TBIs%20DEL%20ECUADOR%20CONSECUENCIAS%20DE%20LA%20DENUNCIA%20RJ.pdf

OEA. *Sistema de Información sobre Comercio Exterior: Información sobre Ecuador.* http://www.sice.oas.org/ctyindex/ECU/ECUBITs_s.asp. (acceso: 30/08/2014)

Oficio presidencial No.T.1-C.1-SNJ-12-1134 con fecha del 5 de octubre del 2012. Emitido por el Presidente de la República Rafael Correa Delgado.

Oliva de la Cotera, R. *Sistema de protección de inversiones extranjeras y el arbitraje del CIADI en la República de El Salvador*. http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/21.pdf (aceso: 30/08/2014)

Olivet, C & Eberhardt, P. *Cuando la injusticia es negocio*. *Corporate Europe Observatory and Transnational Institute,* 2012.

Mantilla, Francisco. (2007). *Arbitraje Internacional: tensiones actuales*. Bogotá: Legis, Comité Colombiano de Arbitraje.

Rossati, H. *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema jurídico argentino. CEPAL.* http://www.cepal.org/drni/noticias/noticias/7/13167/12.pdf (acceso: 22/08/2014).

Ramírez, J. & Lyz, M. *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instutito Peruano de Arbitraje, 2008.

Rigo Sureda, A. “La noción de inversión protegida”. *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales.* 1ra. Ed. Buenos Aires: Legis, 2007.

SENPLADES. *Auditoria a TBIs avanza en sus tres ejes de trabajo*. http://www.planificacion.gob.ec/tag/tbi/ (acceso: 30/08/2014)

SENPLADES. *Continúa auditoria de los Tratados Bilaterales de Inversión*. http://www.planificacion.gob.ec/tag/tbi/ (acceso: 27/08/2014)

World Bank. *The ICSID Caseload Statistics*. No. 2013-2. Washington, DC; World Bank Group. http://documents.worldbank.org/curated/en/2013/01/18801881/icsid-caseload-statistics (acceso: 26/09/2014)